

Sûretés, garanties et abstraction

par

FRANÇOIS DESSEMONTET

Professeur à l'Université de Lausanne

Introduction

Cette contribution* discute l'un des *traits communs* à ces diverses institutions que sont la garantie indépendante, la cession aux fins de garantie et le gage portant sur des créances, des objets mobiliers ou immobiliers. Chaque fois se pose la question de l'**abstraction** plus ou moins grande des engagements assumés par le débiteur, ou par le tiers intervenant pour le débiteur.

Par exemple, la cession de créance à titre fiduciaire - *fiducia cum*

* L'auteur remercie très vivement M. Alain Thévenaz, assistant au CEDIDAC, qui l'a aidé à mettre au point le texte présenté lors de la journée d'étude du 14 septembre 1995.

creditore - suppose-t-elle que la cession soit “abstraite”, parce que le tiers - le débiteur cédé - ne s'immiscera pas dans les relations entre la banque et son client¹ ? Cette question est semblable à celles que suscitent les garanties bancaires à première demande qui sont "inconditionnelles" ou "abstraites"² : il s'agit également d'éviter que le banquier doive se plonger dans les rapports souvent complexes et parfois confus de l'importateur et de l'exportateur³, ou du maître de l'ouvrage et de l'entrepreneur.

Chaque fois que les sûretés et les garanties mettent en jeu trois parties ou plus, on peut constater ainsi un besoin plus ou moins intense d'établir une certaine étanchéité entre les obligations des uns et des autres.

Même s'il n'y a que deux partenaires en présence, le besoin de clarté et de sécurité du droit peut conduire à des engagements abstraits. C'est le cas pour la création et l'émission d'un **papier-valeur**, par exemple d'un billet à ordre qu'un banquier va demander à son client et garder dans ses dossiers comme garantie d'un crédit. Le formalisme du droit de change et l'efficacité de la poursuite pour effet de change entraînent des avantages pour le banquier qui ne s'expliquent pas uniquement par le droit matériel, mais aussi par la procédure, qui reflète une certaine **abstraction**⁴.

1 W.D. SCHMID, Zur Rechtsnatur der Forderungsabtretung, *RSJ* 1970, pp. 302 s.

2 R.F. BERTRAMS, *Bank Guarantees in International Trade*, Amsterdam, Deventer et Boston 1990, 4ème réimpression Amsterdam, Deventer et Boston, 1992, pp. 3 s.

3 Cf. F. LOGOZ, Note de jurisprudence relative à l'ATF 119 II 132, in *Bulletin CEDIDAC* N° 20, Lausanne, Septembre 1993, p. 9.

4 Voir *infra* I.2.E, II.4 et III.5.B.

Il convient d'abord de définir le phénomène de l'**abstraction** (ci-dessous chiffre I) et d'éclairer sa définition par des exemples (chiffre II), puis de discuter la notion contraire de **causalité** (chiffre III), avant de conclure (chiffre IV).

I. Définition de l'abstraction

1. Définition générale

L'abstraction est un concept juridique que ne définissent pas les lois, mais la doctrine. Les auteurs ont aperçu un élément commun dans diverses solutions particulières et lui ont donné le nom d'"abstraction" (*Abstraktheit*)⁵. Dès lors, une définition générale reprendra le plus petit dénominateur commun aux définitions qui s'appliquent dans des cas particuliers. Les vraies dimensions du phénomène se laissent à vrai dire mieux cerner dans les cas particuliers.

Tout d'abord, l'abstraction est le mécanisme par lequel *une obligation est érigée en une grandeur indépendante*, coupée des mobiles des parties et distincte de l'acte juridique immédiatement antérieur qui lui a donné naissance. L'abstraction donne à l'obligation une existence et une validité autonome⁶. L'obligation s'émancipe donc de sa cause qui est l'accord de volonté des parties.

Dans un sens plus large, l'abstraction désigne l'autonomie d'un

⁵ B. KLEINER, n° 18.01; K. OFTINGER/R. BÄR, N. 157 *ad* art. 884 CC.

⁶ W. YUNG, *La théorie de l'obligation abstraite et la reconnaissance de dette non causée en droit suisse*, thèse Genève 1930, p. 7.

engagement lorsque plusieurs actes générateurs d'obligation sont économiquement liés et que l'un d'eux se détache des autres et acquiert une existence indépendante.

Les **synonymes** d'"abstrait" sont donc "*indépendant*"⁷, "*autonome*", "*irrévocable*", "*formel*" ou "*sans condition*" - toutes expressions qui décrivent certaines garanties à première demande⁸, mais s'appliquent aussi à une reconnaissance de dette "*irrévocable*"⁹.

Les **antonymes** d'"abstrait" sont "*causal*", "*dépendant*", "*accessoire*", "*coexistant*", parfois "*solidaire*" ou "*responsable pour sa part et portion*".

L'énumération de ces antonymes fait immédiatement ressortir que les termes d'"abstrait" et d'"abstraction" recouvrent des réalités différentes selon les domaines. Ainsi, dans les gages mobiliers et immobiliers, "abstrait" s'oppose en première ligne à "accessoire". On se demande si le droit de gage est bien accessoire à l'obligation garantie. On voit des limites au principe de l'accessorité dans diverses situations : gage sur une créance future ou sur une créance sous condition suspensive, lorsque la condition n'est pas encore réalisée¹⁰. Mais en deuxième ligne, en raison de l'article 855 alinéa 1^{er} CC, on constate qu'une cédula hypothécaire ou une lettre de rente donne lieu par novation à une créance "abstraite"¹¹; l'antonyme serait alors une créance "causale".

⁷ K. OFTINGER/R. BÄR, N. 157 *ad* art. 884 CC.

⁸ R.F. BERTRAMS, *Bank Guarantees in International Trade*, pp. 3 s.

⁹ Cf. ATF 65 II 81 cons. 8b).

¹⁰ ATF 69 II 286 = JdT 1944 I 186, spéc. cons. 2a). Cf. ég. la formule de cession fiduciaire d'un titre hypothécaire de la BCV, *infra*, p. 44.

¹¹ ATF 105 III 122 = JdT 1981 II 75, spéc. cons. 5 a).

La garantie à première demande, la contre-garantie, et les "garanties déliées" ou "garantie pure" (*reine Garantie*) sont en général considérées comme des **garanties abstraites**¹². Toutefois, ce que l'on veut dire ainsi est double.

D'une part, la garantie sera valable dès son émission selon ses propres termes et conditions. Elle engage la banque - ou tout autre émetteur, par exemple une société-mère pour certains engagements de la société filiale¹³ - indépendamment des clauses de la convention différente qui unit le bénéficiaire de la garantie au client donneur d'ordre du banquier - ou à la société filiale, et qui portent sur le contenu de la garantie. En cas de contradiction entre le texte de la garantie interprété selon les méthodes habituelles et le texte de la convention de base à propos de la garantie, le texte de la garantie est déterminant¹⁴. Il convient de parler d'autonomie de l'engagement. D'un autre côté, la cause intrinsèque de la garantie se trouve dans l'acte même - comme la cause d'un contrat réside dans la commune volonté des parties. La garantie n'est pas abstraite sur ce plan. Une contre-garantie peut le devenir toutefois lorsque la banque correspondante ou notificatrice émet une garantie plus large que celle que la banque de second rang avait reçu l'instruction d'émettre.

D'autre part, la garantie est indépendante du bien-fondé des prétentions du bénéficiaire. Le garant n'a pas à se préoccuper, dans

¹² J.-L. RIVES-LANGE, Existe-t-il en droit français des engagements abstraits pris par le banquier ?, *Banque* 1985, pp. 902 ss.

¹³ Voir, par analogie, ATF 120 III 331 = JdT 1995 I 539, spéc. cons. 2 et 5 a).

¹⁴ F. LOGOZ, *La protection de l'exportateur face à l'appel abusif à une garantie bancaire. Etude comparative des droits allemand, français, belge et suisse*, thèse Lausanne 1991, Genève 1991, p. 55. Voir ég., *infra*, J.-M. RAPP, Garanties à première demande et autres garanties bancaires, n^o 2.1.

l'exécution de ses obligations, de l'exactitude des dires du bénéficiaire¹⁵, sauf s'ils sont manifestement infondés (art. 2 al. 2 CC)¹⁶. Il n'y a pas de **caractère accessoire**¹⁷ de la garantie par rapport à la relation de base¹⁸. On peut parler ici d'indépendance, au sens où le porte-fort de l'article 111 CO par exemple est indépendant des engagements assumés par le tiers. Selon l'article 111 CO, on se porte fort d'un fait et l'on accepte de payer des dommages-intérêts si ce fait ne se réalise pas. Dans la garantie également, les raisons de l'appel en garantie sont indifférentes en principe. Le Tribunal fédéral¹⁹ a eu probablement tort de déclarer qu'il faut d'abord examiner quel intérêt, de celui du donneur d'ordre ou de celui du bénéficiaire, est, dans le cas particulier, le plus digne de protection. Si l'on veut, on peut parler ici d'**abstraction**. Le contraire serait une garantie dépendante accessoire.

2. Définitions particulières

A. Reconnaissance de dette abstraite (art. 17 CO)

L'article 17 CO consacre l'idée qu'une reconnaissance de dette

¹⁵ T.R. ROSSI, *La garantie bancaire à première demande. Pratique commerciale internationale, droit comparé, droit international privé*, thèse Fribourg 1989, Lausanne 1989, n° 424; J. DOHM, n° 33.

¹⁶ D. GUGGENHEIM, pp. 158 s.; M. VASSEUR, Note relative aux arrêts parus au D. 1981, pp. 336 ss, D. 1981, pp. 339 ss, spéc. n. 8. Cf. ég. en matière d'accréditif, ATF 100 II 145 = JdT 1975 I 326, spéc. cons. 4 b).

¹⁷ Sur le principe de l'accessorité d'un droit de gage mobilier par rapport à la dette garantie, voir D. ZOBL, N. 245 ss *ad Systematischer Teil*; K. OFTINGER/R. BÄR, N. 149 ss *ad art. 884 CC*.

¹⁸ B. KLEINER, n° 5.10. Voir ég. D. ZOBL, N. 356 *ad Systematischer Teil*, qui énumère les sûretés personnelles non accessoires auxquelles certaines règles du Code des obligations sont applicables.

¹⁹ ATF 117 III 76, spéc. p. 82.

est valable, même si elle n'énonce pas la cause de l'obligation". On parle couramment d'une reconnaissance de dette abstraite²⁰. L'antonyme serait ici "causal", ou plus exactement : "indiquant sa cause". L'article 17 CO ne dit pas qu'une reconnaissance sans cause donne naissance à une créance valable, par un effet constitutif - ce que permettent par exemple les paragraphes 780-781 BGB. L'article 17 CO prévoit simplement que le fardeau de la preuve va être reporté sur les épaules du débiteur qui refuse de payer²¹. Il devra donc prouver l'inexistence de la dette, en établissant par exemple que la cause n'existe pas, qu'elle est illicite ou contraire aux moeurs²². On est en présence d'une **abstraction probatoire** (*Beweisabstraktheit*)²³. La reconnaissance de dette est donc un acte formellement et non matériellement abstrait²⁴.

Disons-le en passant, une coupure entre une transaction et une autre peut être due au fait que deux instances distinctes sont compétentes pour juger d'un même ensemble de contrats. Par exemple, entre les mêmes parties et pour le même type de contrat d'édition, certains contrats contiennent une clause d'arbitrage, d'autres non. Vu leur compétence limitée, les arbitres ne pourront pas connaître les faits et les moyens allégués dans un arbitrage ou un

²⁰ I. SCHWENZER, *OR I*, N. 5 *ad* art. 17 CO; P. GAUCH/W.R. SCHLUEP, Tome I, n^{os} 1176 ss; A. VON TUHR/H. PETER, p. 267.

²¹ P. GAUCH/W.R. SCHLUEP, Tome I, n^o 1183; TH. GUHL/ A. KOLLER/J.N. DRUEY, p. 95; E. BUCHER, pp. 57 s. et 60; H. BECKER, N. 2 *ad* art. 17 CO; W. YUNG, Thèse, p. 95.

²² ATF 96 II 25, spéc. cons. 1 *in fine* (a).

²³ ATF 105 II 183, spéc. cons. 4 a); ATF 65 II 66, spéc. p. 81, cons. 8 b).

²⁴ I. SCHWENZER, *OR I*, N. 13 *ad* art. 17 CO; P. GAUCH/W.R. SCHLUEP, Tome I, n^o 1181; W. YUNG, Thèse, pp. 95 ss *contra* A. VON TUHR/H. PETER, pp. 269 ss.

procès ordinaire parallèle. On pourrait baptiser cette situation d'**abstraction juridictionnelle**.

Dans un second sens, la reconnaissance de dette peut être envisagée comme abstraite quant à la **forme**. L'article 17 CO vient après l'article 16 CO, qui implique que si les parties ont convenu de donner une forme spéciale à un contrat pour lequel la loi n'en exige pas, tous les éléments importants doivent être couverts par la forme écrite. Il est possible de considérer l'article 17 CO comme une exception à cette règle : lorsqu'une reconnaissance de dette doit revêtir la forme écrite²⁵, elle est néanmoins valable lorsque les parties n'ont pas indiqué la cause de la dette.

B. Compte-courant

Selon l'article 117 alinéa 1 CO, l'inscription des diverses écritures dans un compte courant ne change rien à l'existence ou à l'inexistence des postes en question. "Il y a toutefois novation lorsque le solde du compte a été arrêté et reconnu" (art. 117 al. 2 CO).

C'est à la vérité la situation la plus fréquente de **novation**. On peut l'expliquer par l'échange des avantages que représente la convention de compte courant, laquelle - on le sait - peut être passée pour toute sorte de compte, et non seulement les comptes désignés comme compte courant²⁶.

Pour le client, l'existence d'un solde débiteur n'entraîne pas

²⁵ Une reconnaissance de dette peut être orale : ATF 75 II 293 = JdT 1950 I 301, spéc. cons. 3 a).

²⁶ P. GAUCH/W.R. SCHLUEP, Tome II, n° 3236; A. VON TUHR/ A. ESCHER, pp. 184 s.

l'obligation de payer immédiatement, du moins dans les limites de sa ligne de crédit. Il y a report de l'exigibilité.

Pour le banquier, le but est entre autres d'éviter que les divers postes d'un compte courant puissent être remis en cause indéfiniment : la **novation** qui résulte de l'acceptation d'un **décompte périodique** tire un trait sur le passé. Les parties conviennent que le jour de la novation est le premier jour du reste de leur vie (*cf.* art. 117 al. 2 CO). Il y a toutefois des exceptions à l'effet novateur de l'acceptation du décompte. Par exemple, les "garanties spéciales" constituées pour l'un des postes du compte courant vont demeurer (art. 117 al. 3 CO). De surcroît, il serait possible, selon le professeur EUGEN BUCHER²⁷, d'annuler pour erreur la reconnaissance du décompte comme tel; l'annulation étant partielle, les voies de droit ouvertes permettraient une rectification du décompte indépendamment des difficultés propres qui sont liées aux actions en enrichissement illégitime, par exemple l'exigence que la banque ou son client soit toujours enrichi (art. 64 CO).

Quoi qu'il en soit, l'origine de l'article 117 alinéa 2 CO se trouve dans les idées allemandes du XIX^{ème} siècle sur les **obligations abstraites**²⁸. Dans leur opinion, l'abstraction est souvent voulue par

²⁷ E. BUCHER, Grundprobleme des Kontokorrentrechts. Überlegungen aus Anlass zweier neuer Entscheidungen des Bundesgerichts, *recht* 1994, pp. 168 ss, commentant les arrêts parus à la SJ 1994, pp. 269 ss et aux ATF 120 II 35. *Cf.* ég. ATF 104 II 190 = JdT 1979 I 8, spéc. cons. 3 a); ATF 100 III 79 = JdT 1976 II 53, spéc. cons. 6.

²⁸ G. LANDWEHR, Abstrakte Rechtsgeschäfte in Wissenschaft und Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts, in *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik. Hamburger Ringvorlesung*, Berlin 1990, pp. 173 ss; O. BÄHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. Civilistische Abhandlung*, 2^{ème} éd., Cassel et Göttingen 1867; C.S. GRÜNHUT, *Das Recht des Contocorrentverkehrs*, in *Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht*

les parties, qui s'interdisent par contrat de revenir sur les causes de leur accord.

En revanche, cette liberté des parties n'est pas reconnue par le Code civil français, dont l'article 1131 précise que "l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet", alors que l'article 1108 exige pour la validité d'une convention quatre conditions essentielles, dont la dernière est "une cause licite dans l'obligation".

Lorsque l'on envisage que les parties ont voulu un engagement abstrait sur reconnaissance du solde du compte courant, on envisage en réalité qu'elles ont les deux voulu se détacher de ce qui existait auparavant²⁹.

Ainsi, dans l'affaire Crédit Lyonnais (Suisse) SA c. Felicio X., jugée par le Tribunal fédéral le 23 décembre 1993³⁰, la banque avait omis de débiter le compte de son client de 79'400 dollars versés au bénéficiaire d'un crédit documentaire. Felicio X., croyant qu'un versement de ce montant qu'il attendait d'un tiers avait été effectué, considéra que le relevé trimestriel que lui avait envoyé le Crédit Lyonnais était exact et débita son compte de la totalité des fonds qu'il y avait déposés. Par la suite, la banque ouvrit action en enrichissement illégitime contre Felicio X. Les juges de Mon-Repos considérèrent que même si le solde indiqué sur le relevé trimestriel a été reconnu par le Crédit Lyonnais, cela ne l'empêche pas d'en

der Gegenwart, Tome III, Vienne 1876, pp. 473 ss. Tous ces auteurs sont cités par E. BUCHER, *recht* 1994, pp. 170 et 174.

²⁹ R. GONZENBACH, *OR I*, N. 13 *ad* art. 117 CO; TH. GUHL/A. KOLLER/J.N. DRUEY, p. 282; E. BUCHER, p. 413.

³⁰ SJ 1994, pp. 269 ss.

contester l'exactitude car la novation visée à l'article 117 alinéa 2 CO suppose une cause valable³¹. Notre Haute Cour ajouta qu'"il n'en irait pas autrement si l'on prêtait à la reconnaissance du solde un caractère abstrait proprement dit". Est-il raisonnable de croire que le banquier qui se trompe ne souhaite pas pouvoir corriger ses écritures ? Est-il d'autre part raisonnable de penser que le client est d'accord de supporter l'inadvertance de la banque, qui l'a privé peut-être de la possibilité d'obtenir le versement du tiers auquel il a droit ? En réalité, il ne peut y avoir de volonté réelle des parties d'ériger en obligation abstraite le solde des décomptes périodiques. Comme le relevait SIMONIUS³², le concept d'une obligation abstraite est artificiel; il paraît loin des préoccupations de la vie courante, même s'il peut expliquer la portée du formalisme de certains papiers-valeurs et des garanties à première demande. L'article 117 alinéa 3 CO consacre d'ailleurs une entorse au caractère abstrait de la dette novée par la reconnaissance d'un solde de compte courant³³. Selon cette disposition, la nouvelle obligation est garantie par les sûretés dont bénéficiaient les anciennes créances.

C. *Caution*

La caution, comme le gage, est dépendante de la créance garantie; en vertu du principe de l'accessorité, elle n'est due que si et dans la mesure où l'obligation principale est exigible³⁴. On parle cependant

³¹ ATF 104 II 190 = JdT 1979 I 8, spéc. cons. 3 a).

³² A. SIMONIUS, Quelques remarques sur la cause des obligations en droit suisse, in *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Vaduz et Paris 1977, pp. 757 s. Cf. ég. W. YUNG, Thèse, p. 7.

³³ P. ENGEL, p. 522; A. VON TUHR/A. ESCHER, p. 185.

³⁴ P. TERCIER, *Les contrats spéciaux*, 2ème éd., Zurich 1995, n^{os} 4979 s.; G. SCYBOZ, pp. 50 ss.

parfois de cautionnement indépendant. On vise alors le cas où plusieurs personnes ont garanti la même dette, indépendamment les unes des autres (art. 497 al. 4 CO). Dans ce cas également, leur garantie est dépendante du rapport de base. Le cautionnement n'est donc pas un engagement abstrait.

D. Garantie indépendante

Le paiement d'une garantie à première demande ou d'une contre-garantie peut être refusé dans le cas de l'appel **abusif**³⁵ et dans celui, plus rare, d'un appel falsifié de manière reconnaissable³⁶. Comme dans la reconnaissance qui ne mentionne pas la cause et dans le bien-trouvé des décomptes bancaires, le but du système est ici aussi d'*inverser les rôles* : le créancier probable n'a rien d'autre à faire que de déclarer qu'il fait appel à la garantie³⁷. C'est au débiteur d'intervenir. La pratique montre qu'il le fait fréquemment pour bloquer la garantie et tenter de regagner le terrain perdu.

E. Papiers-valeurs

La doctrine allemande et suisse-allemande du papier-valeur en fait l'instrument abstrait par excellence. Seul l'espace germanophone a une théorie unique du papier-valeur, englobant les actions, les obligations, certaines polices d'assurances, de même que les traites et billets à ordre. Quant à l'abstraction, soit la loi prévoit un effet de novation, comme pour les cédulas hypothécaires, soit elle ne le

³⁵ Voir, *infra*, J.-M. RAPP, n° 5.1.

³⁶ Voir ég., en matière d'accréditif, ATF 100 II 145 = JdT 1975 I 326, spéc. cons. 4 b).

³⁷ P. LOGOZ, Thèse, p. 42; B. KLEINER, n° 5.32; J. DOHM, n° 33.

prévoit pas. Dans ce dernier cas, l'émission d'un papier-valeur n'est pas constitutif de novation, à moins d'intention contraire des parties (art. 116 CO)³⁸. En revanche, la protection des tiers est si forte en droit continental, contrairement au droit américain, qu'un papier-valeur ayant circulé y est réellement une "grandeur abstraite" et l'on parle à ce propos d'"abstraction matérielle" (*materielle Skripturrechtlichkeit*). N'en est pas dotée l'action émise par une société anonyme; qu'on pense par exemple au cas du double manteau d'actions³⁹. Curieusement, le droit des papiers-valeurs est sur le déclin, touché par la dématérialisation. L'abstraction qui l'accompagnait va s'estomper également.

A certains égards, la garantie bancaire reprend le rôle des traites acceptées. D'ailleurs, la pratique américaine des lettres de garantie (*stand by letter of credit*) est dérivée de la lettre de crédit comme moyen de paiement. En droit suisse, on constatera la même similitude : de même que l'obligation de payer découlant d'une garantie à première demande, l'engagement de payer exprimé dans un papier-valeur ne peut être assorti d'une condition; les articles 991 chiffre 2, 1096 chiffre 2 et 1100 chiffre 2 CO parlent de promesse ou de mandat "pur et simple" de payer une somme déterminée.

Les TABLEAUX I, II, III et IV résument les notions que l'on vient de rappeler.

³⁸ P. JÄGGI, N. 110 *ad* art. 965 CO.

³⁹ F. DESSEMONTET, L'émission frauduleuse d'actions après l'inscription de la société anonyme ou de l'augmentation de son capital au Registre du commerce, *L'Expert-comptable suisse* 1977/3, pp. 24 ss.

II. Exemples

1. **Compte garantie doublé d'une cession de créances futures**

Un donneur d'ordre doit continuer à alimenter un compte-garantie, même si le bénéficiaire ne réclame plus aucun paiement au garant, le rapport de couverture, liant le donneur d'ordre au garant, étant indépendant du rapport de garantie liant le bénéficiaire au garant.

Par exemple, un institut de financement s'engage à octroyer des crédits à une entreprise d'import-export, à la condition que celle-ci cède par avance ses créances futures envers des tiers. L'entreprise diminue ses appels aux crédits. Elle reste cependant tenue par l'engagement qu'elle a pris envers l'institut de financement et doit continuer à lui céder l'ensemble de ses créances futures.

TABLEAU V.

2. Reconnaissance de dette sans mention de cause

Selon l'article 17 CO, une reconnaissance de dette est valable même si elle n'énonce pas la cause de l'obligation. La reconnaissance de dette peut donc être formellement abstraite. La doctrine considère cependant que l'on ne peut pas déduire de l'article 17 CO que la reconnaissance de dette est un acte juridique matériellement abstrait : elle doit reposer sur une cause valable⁴⁰. L'article 17 CO n'a donc qu'une portée procédurale; le créancier peut faire valoir son droit sans devoir prouver la cause de sa prétention⁴¹. Ainsi, la reconnaissance d'une dette illicite ou contraire aux moeurs est nulle⁴²; de même celui qui reconnaît une dette de jeu ne saurait être contraint au paiement sur la base d'une reconnaissance qui ne mentionne pas sa cause.

3. Solde reconnu de décompte d'un compte courant

L'article 117 alinéa 2 CO stipule qu'il y a novation lorsque le solde d'un compte courant a été arrêté et reconnu. On admet cependant qu'il est encore possible ultérieurement de contester un poste erroné ou fictif du décompte⁴³. Dans l'affaire du Crédit lyonnais par exemple, le Tribunal fédéral a admis qu'une banque puisse contester valablement la véracité d'une inscription figurant sur

⁴⁰ P. GAUCH/W.R. SCHLUEP, Tome I, n° 1181; P. ENGEL, p. 120; W. YUNG, Thèse, pp. 95 ss; ATF 100 III 79 = JdT 1976 II 53, spéc. cons. 6 *contra* A. VON TUHR/H. PETER, pp. 269 ss.

⁴¹ TH. GUHL/A. KOLLER/J.N. DRUEY, p. 95; E. BUCHER, pp. 57 s. et 60; W. YUNG, Thèse, p. 95.

⁴² ATF 96 II 25, spéc. cons. 1 *in fine*.

⁴³ SJ 1994, pp. 269 ss, spéc. cons. 4 a) bb); ATF 104 II 190 = JdT 1979 I 8, spéc. cons. 3 a). Voir E. BUCHER, *recht* 1994, pp. 171 ss. *Cf.* ég. A. VON TUHR/A. ESCHER, pp. 185 s.

un relevé périodique envoyé à l'un de ses clients⁴⁴.

4. Traite et billet à ordre

A. En général

Un papier-valeur est formellement abstrait lorsqu'il n'indique pas sa cause. C'est le cas de la lettre de change ou du billet à ordre; en revanche, l'action est un papier-valeur causé. Les papiers-valeurs qualifiés, dotés par définition de l'effet d'**abstraction documentaire** (*formelle Skripturrechtlichkeit*), sont matériellement abstraits, en ce sens que la clause de papier-valeur qualifiée interdit au débiteur d'opposer à un acquéreur ultérieur des exceptions qui ne reposent que sur la cause du droit, c'est-à-dire sur les relations entre le débiteur et le premier preneur⁴⁵. L'acquéreur doit cependant être de bonne foi; il ne doit pas avoir connu au moment où il est devenu propriétaire du titre la discordance existant entre le titre et le droit, ni avoir agi sciemment au détriment du débiteur, c'est-à-dire par dol (art. 979 al. 2 et 1146 al. 2 CO)⁴⁶.

B. Traite en blanc

L'article 1000 CO, applicable par analogie au billet à ordre en vertu de l'article 1098 alinéa 2 CO et au chèque en vertu de l'article 1143 alinéa 1 chiffre 3 CO, dispose que "si une lettre de change, incomplète à l'émission, a été complétée contrairement aux accords

⁴⁴ SJ 1994, pp. 269 ss.

⁴⁵ P. JÄGGI, pp. 52 et 76 s.

⁴⁶ P. JÄGGI, p. 77; le même, N. 84 ss *ad* art. 979 CO; ATF 70 II 154 = JdT 1944 I 396.

intervenues, l'inobservation de ces accords ne peut pas être opposée au porteur, à moins qu'il n'ait acquis la lettre de change de mauvaise foi ou que, en l'acquérant, il n'ait commis une faute lourde". L'article 1000 CO apporte donc pour les titres en blanc une restriction au principe de l'abstraction des papiers-valeurs, le tiers acquéreur de bonne foi ou ne commettant pas une faute lourde étant cependant protégé, par exemple lorsqu'il croit que le titre a été complété conformément aux accords intervenus⁴⁷.

C. *Traite acceptée*

Lorsqu'un titre est accepté, l'article 1018 alinéa 2 CO accorde l'action de change au porteur de la traite, même s'il est le tireur. Un titre accepté est donc toujours autonome, y compris lorsqu'il n'a pas été transféré. On fait abstraction des autres rapports existants ou ayant existé entre les parties⁴⁸.

D. *Traite avalisée*

L'article 1022 alinéa 2 CO, applicable par analogie au billet à ordre en vertu de l'article 1098 alinéa 3 CO, prévoit que l'engagement du donneur d'aval est valable alors même que l'obligation garantie serait nulle pour tout autre raison qu'un vice de forme. A la différence du cautionnement ordinaire⁴⁹, l'aval est un engagement indépendant qui existe même si l'engagement garanti est caduc⁵⁰. L'aval est donc

⁴⁷ P. CARRY, *Lettre de change I : Création et émission*, FJS 444, Genève 1942, p. 4.

⁴⁸ M. PERGOLIS, *OR II*, N. 4 s. *ad art.* 1018 CO.

⁴⁹ Sur l'accessorité du cautionnement par rapport à l'obligation garantie, voir G. SCYBOZ, pp. 50 ss.

⁵⁰ S. NETZLE, *OR II*, N. 1 ss et 9 *ad art.* 1022 CO.

une garantie indépendante, abstraite.

5. Cédule hypothécaire

La cédule hypothécaire est un papier-valeur qualifié qui incorpore une créance et le droit de gage qui la garantit⁵¹. Par conséquent, la créance et le droit de gage bénéficient de l'effet d'abstraction documentaire, c'est-à-dire que l'on ne peut opposer au créancier gagiste aucune des exceptions découlant des rapports entre le débiteur et le créancier originaire ou entre le tiers propriétaire de l'immeuble grevé - s'il est différent du débiteur⁵² - et le créancier originaire⁵³. De surcroît, ne mentionnant pas la cause de la créance, la cédule hypothécaire est une reconnaissance de dette formellement abstraite⁵⁴.

III. Causalité et abstraction

1. Historique et droit comparé

A. *Droit romain et droit médiéval*

Historiquement, l'obligation est d'abord née des actes formels,

⁵¹ P.-H. STEINAUER, n^{os} 2926 ss; P. SIMONIUS/TH. SUTTER, Tome II, p. 246, n. 1.

⁵² Par exemple, une cédule hypothécaire constituée par l'organe d'une société anonyme sur l'immeuble de celle-ci et nanti à la banque pour garantir le crédit accordé à l'organe.

⁵³ P.-H. STEINAUER, n^{os} 2927 s.; P. SIMONIUS/TH. SUTTER, Tome II, pp. 249 s., n. 8 ss. *Cf.* ég. l'art. 855 CC.

⁵⁴ P.-H. STEINAUER, n^o 2935; P. SIMONIUS/TH. SUTTER, Tome II, p. 258, n. 31.

"abstrait" si l'on veut; en droit romain, les actions consacrent ce même système, sauf les **actions utiles** données par exemple au cessionnaire. Il n'y avait autrefois qu'un nombre limité de contrats. A la renaissance du droit romain au Moyen Age, on admet les contrats formels par engagement : on se donne soi-même en gage - *verbis*, ou on nantit un objet - *res*, ou l'on s'engage par écrit - *litteris*. Puis un génie, BALDUS, ajoute un quatrième type de contrats, celui des contrats fondés sur leur **cause**. La cause devient alors inséparable du consentement; l'intention des parties ne suffit pas; il faut encore une cause bonne⁵⁵ - il ne faut par exemple pas tourner l'interdiction de prélever des intérêts, lorsque cela est illicite. Les tribunaux - ecclésiastiques, plus tard royaux - peuvent donc examiner la cause du contrat pour savoir s'il convient de le faire respecter. S'il a une cause indéterminée, le contrat n'est pas valable (*cautio indiscreta*).

B. Droit français

Le Code Napoléon desserre l'étau du contrôle judiciaire. Les articles 1108 et 1131 CCfr. exigent certes une cause; les parties ne peuvent y échapper, ces dispositions étant d'ordre public. Mais l'article 1132 du Code civil français prévoit qu'un acte n'a pas besoin d'indiquer sa cause. C'est l'ascendant direct de l'article 17 CO. Il s'agit d'une **abstraction probatoire**.

La cause d'un contrat est la raison pour laquelle les parties se sont engagées. Rechercher la cause d'une obligation ou d'un acte juridique revient à se demander **pourquoi** les parties l'ont voulu.

⁵⁵ Voir par exemple, P. OURLIAC/J. DE MALAFOSSE, *Histoire du Droit privé, Tome I : Les Obligations*, 2ème éd., Paris 1969, p. 163; J. BRISSAUD, *Manuel d'histoire du droit privé*, Paris 1935, p. 456.

Alors que traditionnellement on ne devait tenir compte que du but immédiat voulu par les parties, la théorie "moderne" veut que l'on recherche également les raisons éloignées pour lesquelles les parties ont contracté, raisons que les auteurs classiques appellent les motifs⁵⁶.

C. *Droit allemand*

Le droit allemand ne reçoit pas la théorie de BALDUS. Il favorise les actes formels. Au XIX^{ème} siècle, les milieux commerçants ne veulent pas d'un contrôle judiciaire sur la **cause** de leurs contrats. L'ère est au libéralisme. Parallèlement, les entreprises se créent, il faut les financer, les créances doivent pouvoir être cédées, les hypothèques accordées, tout doit être sûr. Le capitalisme a besoin de ces sûretés et des cessions : il les veut **abstraites**. Le système allemand de transfert de la propriété lui-même est abstrait, comme en Suisse jusqu'à un arrêt de principe du Tribunal fédéral en 1929⁵⁷. La **forme remplace la cause**, écrit GRÜNHUT⁵⁸. La théorie de l'abstraction culmine dans la théorie des papiers-valeurs. Lettre de change et billet à ordre sont revêtus d'une force obligatoire fondée sur leur texte, de l'abstraction matérielle (*materielle Skripturrechtlichkeit*). Rien d'autre ne compte. C'est l'abstraction totale.

Même dans d'autres domaines, les parties peuvent convenir

⁵⁶ J. FLOUR/J.-L. AUBERT, *Les obligations, 1. L'acte juridique : Le contrat - Formation - Effets - Actes unilatéraux - Actes collectifs*, 6^{ème} éd., Paris 1994, pp. 186 ss; B. STARCK/H. ROLAND/L. BOYER, *Obligations, 2. Contrat*, 4^{ème} éd., Paris 1993, pp. 308 ss.

⁵⁷ ATF 55 II 302 = JdT 1930 I 535, cons. 2.

⁵⁸ C.S. GRÜNHUT, *Das Recht des Contocorrentverkehrs*, p. 516.

d'exclure toutes exceptions résultant des rapports de base, par exemple celles dérivées de l'enrichissement illégitime de l'une d'elles⁵⁹.

D. Droit suisse

Le droit suisse est partagé entre la tradition allemande et le droit français. A. VON TUHR s'est emparé de l'article 17 CO pour défendre l'idée que les parties peuvent créer une dette sans cause⁶⁰. Il a fortement opiné en faveur du caractère abstrait de la cession de créance⁶¹. Ses opinions dominent encore la discussion, mais elles ne font plus l'unanimité. Avant de les discuter, voyons-en d'abord les avantages.

2. Avantages inhérents à l'abstraction

Le caractère abstrait d'un engagement présente en pratique de nombreux avantages pour les banques. S'en tenir au respect de la forme est très utile dans le déroulement des relations bancaires : *la forme, rien que la forme, toute la forme*; comme l'on dit *la garantie, rien que la garantie et toute la garantie*⁶². Au-delà des avantages administratifs, différents avantages juridiques peuvent être relevés.

Ces avantages se résument par un mot : la rupture, ou la "**coupure**".

1) L'engagement abstrait a un **objet différent** de celui de

⁵⁹ NJW 1963, pp. 2316 ss, spéc. II.1 (arrêt du *Bundesgerichtshof* allemand).

⁶⁰ A. VON TUHR/H. PETER, pp. 269 ss.

⁶¹ A. VON TUHR/A. ESCHER, p. 333.

⁶² F. MEURET, Les garanties bancaires à première demande : un autre scénario, *RDAI* 1990, p. 885.

l'engagement de base; c'est en principe une somme d'argent déterminée, souvent avec une échéance précise.

2) Le débiteur renonce à ses **exceptions** et à la possibilité de **compenser**.

3) L'engagement abstrait fixe les **rangs** des sûretés d'après la date de constitution, même si la créance garantie est postérieure⁶³.

4) L'engagement abstrait permet l'**exploitation séparée** des droits principaux et accessoires.

Exemple : le *stripping* des obligations.

5) L'abstraction permet l'**irrévocabilité** de l'engagement bancaire dans divers cadres, par exemple celui des accreditifs documentaires.

6) L'abstraction formelle évite l'extinction des créances par **confusion**, soit par réunion sur la même tête des qualités de créancier et de débiteur.

Exemple : obligations émises par une banque, achetées par un client, puis cédées à titre fiduciaire à cette banque.

7) L'**abstraction formelle** exclut dans une certaine mesure l'application du **principe de la confiance** pour interpréter le texte.

A cet égard, pour les documents cessibles, on peut dire que l'abstraction favorise le créancier, la mobilité des créances par leur cession, l'engagement des biens, donc le financement de l'économie.

⁶³ ATF 51 II 273, spéc. p. 278.

Quelquefois, l'abstraction peut également favoriser le débiteur, par exemple le donneur d'ordre dans une garantie.

Exemple : Une entreprise demande à une Banque régionale de faire émettre par son correspondant au Moyen-Orient une garantie de remboursement d'avance qui devrait prévoir un mécanisme de réduction automatique du montant garanti au fur et à mesure des livraisons. La Caisse centrale de Paris émet une contre-garantie en faveur de la Banque locale au Moyen-Orient puis celle-ci émet une garantie pour le bénéficiaire. Ces deux derniers textes ne mentionnent pas la réduction progressive du montant. Lorsque la garantie est appelée pour le montant intégral, le donneur d'ordre excipe de l'autonomie de l'engagement qu'il a pris envers la banque, du texte de son ordre - non respecté par la banque⁶⁴. C'est une **coupure** qui le protège, qui rend étanche son engagement comme donneur d'ordre. Il peut s'en tenir au pied de la lettre. Le formalisme le protège. D'ailleurs, la solution serait la même en Suisse en appliquant les règles du mandat⁶⁵.

8) En tous les cas, l'abstraction protège aussi le tiers garant, qui n'a pas en principe à examiner le fond et n'engage pas sa **responsabilité** du fait de cet examen⁶⁶.

⁶⁴ Affaire citée par F. MEURET, *RDAl* 1990, pp. 903 s. (arrêt de la Cour de Paris, du 14 mars 1988, publié au *D. Somm.* 1989, p. 152 et confirmé par la Cour de cassation le 27 février 1990, *D. Somm.* 1990, p. 213).

⁶⁵ Voir B. KLEINER, nos 19.06 et 20.03 *i.f.*

⁶⁶ Pour la garantie à première demande, voir par exemple F. LOGOZ, Thèse, p. 42; D. GUGGENHEIM, pp. 157 ss.

9) Dans le cadre de l'**abstraction probatoire**, le but est de changer les rôles en procédure⁶⁷. Toutefois, lorsque la relation de base demeure pertinente, on appliquera la théorie de la confiance qui sert à interpréter les déclarations de volonté usuelles, non abstraites. Les motifs d'une partie reconnaissables pour l'autre peuvent jouer un rôle, par exemple dans l'annulation pour erreur (art. 26 al. 1 CO). Ceci conduit à préciser ce que le droit appelle la *cause*.

3. Cause et contre-prestation

Dans les sûretés et les garanties, comme dans le droit de rétention, la causalité est une connexité, une relation établie entre un rapport juridique préexistant ou prévu et un acte. Les effets de celui-ci sont dans une mesure variable dépendants de celui-là. Par exemple, lorsque la dette garantie s'éteint, le droit de gage s'éteint (*cf.* art. 826 CC pour l'hypothèque et art. 889 CC pour le gage mobilier).

A. Cause intrinsèque

Dans les actes juridiques indépendants, la cause est **intrinsèque**, elle réside dans l'accord des volontés.

Exemples : La cause dans la **fiducie** mixte est le contrat de fiducie, non la dette garantie. La cause dans l'émission d'une reconnaissance de dette est l'accord des volontés entre les parties⁶⁸. Si cette cause est simulée ou

⁶⁷ Pour la reconnaissance de dette, voir par exemple I. SCHWENZER, *OR I*, N. 8 *ad* art. 17 CO et réf.

⁶⁸ Les malversations précédentes d'un des employés d'une partie peuvent constituer la cause extrinsèque d'une reconnaissance de dette : ATF 65 II 66, spéc. cons. 3.

illicite, l'accord sera nul et non avvenu.

On ne confondra pas la cause avec les **mobiles**, les motifs des parties⁶⁹. On dit ainsi que les positions individuelles d'un **décompte** sont des **motifs**. Néanmoins, l'annulation pour erreur sur les **motifs** est possible, lorsqu'elle constitue une erreur de base (art. 24 al. 1 ch. 4 CO). Cela montre que les motifs peuvent jouer un rôle. Interprétant l'article 24 alinéa 1 chiffre 4 CO, le Tribunal fédéral a admis qu'un contrat n'oblige pas celui qui était dans l'erreur quant aux motifs extrinsèques, et non seulement intrinsèques, du contrat⁷⁰.

Par exemple, la vente d'une parcelle peut être annulée si les coûts de construction sont le double des coûts usuels, parce que le terrain est géologiquement défavorable⁷¹. Dans la question des pouvoirs de représentation, le Tribunal fédéral distingue (sans doute à tort) entre l'abus des pouvoirs dans le propre intérêt de l'organe et l'excès de ses pouvoirs par excès de zèle, dans l'intérêt supposé de la société. Le mobile de l'organe devient un critère pour la validité de l'acte, alors même qu'il n'est pas reconnaissable par le cocontractant⁷².

B. Cause extrinsèque = contre-prestation

La **cause** en droit moderne demeure la justification économique et légale de l'obligation⁷³. Nous sommes loin de la cause vue dans

⁶⁹ Certains auteurs français soutiennent le contraire (pour une présentation de leur théorie, voir J. FLOUR/J.-L. AUBERT, *L'acte juridique*, pp. 192 ss).

⁷⁰ ATF 79 II 155 = JdT 1954 I 133, spéc. cons. 4 b) cc); ATF 87 II 137 = JdT 1961 I 604, spéc. cons. 3.

⁷¹ Cf. ATF 87 II 137 = JdT 1961 I 604.

⁷² ATF 119 II 23. Le résultat de cet arrêt malheureux a été renversé à l'ATF 121 III 176.

⁷³ Cf. W. YUNG, Thèse, pp. 6 s.

l'acte lui-même. La vraie tension du futur droit européen des obligations sera entre ces deux pôles : **cause intrinsèque** - **cause extrinsèque**. On le voit quand les juristes se demandent quelle est la cause de tel acte. La notion de contre-prestation est spécialement difficile à saisir dans les engagements unilatéraux. Par exemple, tel auteur français admet qu'une garantie bancaire a sa cause dans l'acte lui-même (cause **intrinsèque**) mais rappelle que les circonstances extérieures seront des conditions d'existence de la garantie, par exemple la conclusion du contrat de base ou le paiement d'acomptes dont la restitution est garantie⁷⁴. Un auteur belge rappellera que la délivrance de garanties fait partie des tâches qui rentrent dans les attributions usuelles du banquier (cause **extrinsèque générale**). Un autre admet que la **cause** est dans le contrat passé entre le donneur d'ordre et le banquier⁷⁵ (cause **extrinsèque spéciale**). Cette idée ne nous paraît pas acceptable en droit suisse, puisque les garanties déliées en tout cas sont valables même en l'absence de contrat entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire⁷⁶.

La cause dans les opérations de cession fiduciaire est également l'engagement de céder une créance pour garantir la banque, donc le rapport entre le client et son banquier. A ce propos, allons plus en détails, pour illustrer l'enjeu. Un auteur suisse⁷⁷ a soutenu que la cession à titre fiduciaire aux fins de garantie devrait être abstraite. Deux arguments sont soutenus.

⁷⁴ J.-L. RIVES-LANGE, *Banque* 1985, p. 911.

⁷⁵ S. VELU, Les garanties à première demande en droit belge, in *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux. Colloque de Tours des 19 et 20 juin 1980*, Paris 1981, p. 231.

⁷⁶ CH.M. PESTALOZZI, *OR I*, n. 6 *ad* art. 111 CO; B. KLEINER, n° 4.05; D. GUGGENHEIM, pp. 145 s.

⁷⁷ W.D. SCHMID, *RSJ* 1970, pp. 302 s.

Primo, il ne serait pas nécessaire de donner au débiteur cédé le motif de la cession, de telle façon que la relation fiduciaire n'apparaîtrait pas. Néanmoins, la cession fiduciaire n'est en général connue qu'en cas de difficultés du cédant. Alors, il n'est plus important qu'on ignore qu'il a cédé ses créances à la banque.

Secundo, on dit que le débiteur cédé - qui peut déjà opposer toutes les exceptions qu'il possédait auparavant contre le précédent créancier - ne doit pas jouir en plus de la possibilité d'opposer de nouvelles exceptions déduites de l'acte de cession⁷⁸. De fait, si l'acte est valable, le principe de la relativité des conventions entraîne qu'il ne peut invoquer l'acte de cession⁷⁹. En revanche, si l'acte est nul, il est nécessaire que le débiteur cédé puisse invoquer cette nullité, par exemple pour consigner de sa propre initiative, car il a l'obligation de rechercher quelle est la situation juridique avant de consigner (art. 168 CO)⁸⁰. Or, pour savoir si l'acte est valable, par exemple s'il n'excède pas les limites de l'article 27 alinéa 2 CC en ce qui concerne la cession des créances futures - cession admissible pour les créances découlant des affaires ou d'une activité commerciale du cédant⁸¹ - il faut bien que le tiers connaisse le fondement de la cession⁸². D'ailleurs, chacun

⁷⁸ B. DUTOIT, La cession de créance : acte causal ou abstrait? Le Code suisse des obligations dans la perspective du droit comparé, in *Le centenaire du Code des obligations*, Fribourg 1982, p. 459; A. VON TUHR/A. ESCHER, p. 333.

⁷⁹ Discuté en doctrine; cf. E. BUCHER p. 556; P. JÄGGI, Zur «Rechtsnatur» der Zession, *RSJ* 1971, p. 8.

⁸⁰ P. GAUCH/W.R. SCHLUEP, Tome II, n^{os} 3624 et 3643; *contra* E. BUCHER, p. 564.

⁸¹ ATF 113 II 163, spéc. cons. 2 a); ATF 112 II 433 = *JdT* 1987 I 162, spéc. cons. 3 *in fine*.

⁸² E. SPIRIG, N. 70 *ad Vorbemerkungen zu Art. 164-174 OR*; A. STAEHELIN, Zur Abtretung künftiger Forderungen, in *Mélanges Pierre Engel*, Lausanne 1989, p. 386.

admet que le débiteur puisse invoquer l'**incapacité** du cédant⁸³. C'est donc une question de degré. On retrouve ici le mécanisme de filtrage des éléments essentiels qu'on a vu pour l'erreur sur les motifs.

4. La cause dans la reconnaissance de dette

A. En général

Une reconnaissance de dette est **causale** lorsqu'elle indique la cause de l'obligation reconnue. Si cette mention n'a pas d'incidence sur le rapport existant entre le débiteur et le créancier en droit matériel, elle a un effet procédural : le texte de la reconnaissance de dette est présumé correspondre à la réalité. Le fardeau de prouver le contraire revient donc au débiteur⁸⁴.

Une reconnaissance de dette est abstraite lorsqu'elle ne mentionne pas la cause de l'obligation. Son texte jouit aussi de la présomption de validité, mais la cause de la dette n'étant pas indiquée, il appartiendrait au créancier de l'établir, selon les règles générales (art. 8 CC). L'article 17 CO renverse cependant le fardeau de la preuve et il incombe au débiteur d'établir qu'elle est la cause de sa promesse de payer et, le cas échéant, que cette cause n'est pas valable⁸⁵.

⁸³ TH. GUHL/A. KOLLER/J.N. DRUEY, p. 255; B. DUTOIT, La cession de créance, p. 459; P. ENGEL, p. 592.

⁸⁴ RSJ 1980, p. 334, n° 41 (arrêt de l'*Obergericht* du demi-canton de Bâle-Campagne).

⁸⁵ P. GAUCH/W.R. SCHLUEP, Tome I, n° 1183; P. ENGEL, p. 120. Rappelons l'importance de l'article 17 CO au regard de l'art. 82 al. 1 LP, cette dernière disposition attribuant la qualité de titre pour la mainlevée provisoire à toute reconnaissance de dette sous seing privé.

Ainsi, que la reconnaissance de dette soit causale ou abstraite, le rôle des parties est en définitive le même. Il appartient au débiteur de démontrer que la cause - mentionnée ou non dans l'acte - n'est pas valable ou qu'il n'y en a pas.

Une conséquence intéressante du **caractère déclaratif** de la reconnaissance de dette est qu'il n'y a pas d'action en enrichissement illégitime en faveur de celui qui l'établit sans qu'une juste cause existe⁸⁶. Il n'est pas appauvri et l'autre partie n'est pas enrichie.

De la même façon, la reconnaissance de dette *lato sensu*, soit celle qui incorpore une promesse prenant naissance par l'établissement même de la reconnaissance⁸⁷, n'a pas besoin d'indiquer sa cause, mais la dette contractée doit cependant être fondée en droit.

B. Cas du compte courant

Par la reconnaissance du solde d'un compte courant, les parties manifestent leur volonté d'éteindre les dettes anciennes et par là leur volonté de nover⁸⁸. Dans ce cas, il s'agit d'une reconnaissance de dette *lato sensu*. Malgré la novation, les parties ont le droit d'invoquer le fait que les créances ont été omises ou ajoutées à tort dans le

⁸⁶ RSJ 1908/1909, p. 294, n° 443 (arrêt de l'*Appellationsgericht* du demi-canton de Bâle-Ville); *contra* A. VON TUHR/H. PETER, pp. 270 ss (VON TUHR affirmant que la reconnaissance de dette est un acte abstrait, il donne logiquement au débiteur qui a payé sans cause une action en enrichissement illégitime).

⁸⁷ E. BUCHER, p. 57; P. ENGEL, p. 120.

⁸⁸ R. GONZENBACH, *OR I*, N. 10 *ad* art. 117 CO; E. BUCHER, p. 413.

décompte⁸⁹; la nouvelle dette n'est donc pas entièrement abstraite.

Si les parties n'ont pas voulu éteindre les dettes anciennes, il s'agit d'une reconnaissance de dette *stricto sensu*. Il faudra donc que le solde reconnu repose sur une cause valable.

5. La cause dans les actes formels

A. Titres au sens large

Un titre au sens large est tout écrit manifestant une volonté juridiquement pertinente de son auteur⁹⁰. Un tel document n'a aucune influence sur le contenu du droit énoncé dans le titre. De façon générale, on ne peut donc pas parler d'abstraction à propos des titres au sens large.

B. Papiers-valeurs

Le papier-valeur est tout écrit manifestant une volonté de s'obliger de son auteur et doté de la clause papier-valeur, selon laquelle le débiteur prend l'engagement de ne pas s'exécuter sans la présentation du titre, qui est un moyen de légitimation nécessaire⁹¹. Un papier-valeur est dit qualifié lorsqu'il constitue un moyen de légitimation suffisant et lorsque le débiteur déclare qu'il n'opposera à un futur acquéreur aucun fait empêchant la naissance du droit ou le supprimant, à l'exception des faits que le créancier pouvait déduire

⁸⁹ ATF 104 II 190 = JdT 1979 I 8, spéc. cons. 2 a); ATF 100 III 79; E. BUCHER, p. 413; D. GUGGENHEIM, p. 229; W. SCHÖNENBERGER/P. JÄGGI, N. 14 *ad* art. 17 CO.

⁹⁰ P. JÄGGI, p. 21.

⁹¹ *Ibidem*, pp. 51 s. et 64.

du titre lui-même. Le titre assorti d'une clause de présentation et d'une clause de légitimation jouit donc en tout cas de l'effet d'**abstraction documentaire**. Les exceptions résultant du rapport de base ne peuvent être opposées à un acquéreur ultérieur de bonne foi ou sans faute lourde⁹².

6. La cause dans la déclaration de garantie

A. Garantie accessoire

Une garantie est accessoire ou dépendante lorsque le garant lie son obligation de paiement à l'inexécution du contrat de base entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire. Une garantie accessoire est donc *causale*. L'obligation de paiement du garant est déterminée par la relation contractuelle de base⁹³.

B. Garantie indépendante

Une garantie est principale ou indépendante lorsque le garant ne lie pas son obligation de payer à l'obligation de base⁹⁴. C'est le cas des garanties à première demande. Elles sont indépendantes des obligations juridiques qu'elles garantissent⁹⁵. Les garanties principales sont donc abstraites.

⁹² *Ibidem*, pp. 52 et 71 ss.

⁹³ B. KLEINER, n° 5.06; D. GUGGENHEIM, p. 144.

⁹⁴ B. KLEINER, n° 5.10; D. GUGGENHEIM, p. 144.

⁹⁵ F. LOGOZ, Thèse, pp. 54 ss; T.R. ROSSI, Thèse, n° 237.

C. *Abstraction ?*

L'abstraction d'une garantie bancaire n'est pas liée à la nature de cet engagement mais à la volonté des parties en présence. Elle est une manifestation de l'autonomie contractuelle, notre ordre juridique reconnaissant la validité d'une garantie abstraite.

7. La cause dans les gages et nantissements

A. *Gage mobilier*

Le contrat de base doit être distingué du contrat de nantissement par lequel le constituant s'oblige à créer le droit de gage alors que le créancier s'engage à restituer l'objet grevé une fois la dette principale acquittée⁹⁶. Le mode de création d'un gage mobilier est le nantissement⁹⁷. La validité du contrat constitutif est une condition de la validité du nantissement⁹⁸. Le principe de la causalité s'applique ici. En outre, en vertu du principe de l'**accessoriété**, le gage n'existe que si l'obligation de base existe⁹⁹. Le gage mobilier est donc doublement causal. Le tiers de bonne foi est cependant protégé par l'article 933 CC.

⁹⁶ P.-H. STEINAUER, n° 3096; D. ZOBL, N. 339 *ad* art. 884 CC; K. OFTINGER/R. BÄR, N. 95 *ad* art. 884 CC.

⁹⁷ Art. 884 al. 1 CC.

⁹⁸ P.-H. STEINAUER, n° 3096; D. ZOBL, N. 340 s. *ad* art. 884 CC; K. OFTINGER/R. BÄR, N. 93 *ad* art. 884 CC.

⁹⁹ D. ZOBL, N. 245 *ss ad Systematischer Teil*; K. OFTINGER/R. BÄR, N. 158 *ss ad* art. 884 CC.

B. Gage immobilier

Le gage immobilier est constitué par son inscription au registre foncier¹⁰⁰, qui suppose un contrat valable donnant naissance à l'obligation de constituer le gage. Une fois inscrit, le gage conserve donc un caractère causal, malgré l'effet dit constitutif de l'inscription (principe de la légalité matérielle ou de la causalité)¹⁰¹. Au cas où le contrat de base n'est pas valable sans que le conservateur du registre foncier ne s'en soit aperçu¹⁰², le constituant pourra tenter une action en rectification du registre foncier (art. 977 CC). Les tiers de bonne foi sont protégés selon l'article 973 CC.

8. La cause dans la cession de créance

A. Acte de disposition

La cession de créance est régie en droit suisse par les articles 164 ss CO. Il s'agit d'un acte de disposition ayant pour objet un droit relatif¹⁰³. Le caractère abstrait de la cession de créance est controversé¹⁰⁴. Le Tribunal fédéral¹⁰⁵ a laissé cette question ouverte.

¹⁰⁰ Art. 799 al. 1 CC.

¹⁰¹ H. DESCHENAUX, *Le registre foncier*, Traité de droit privé suisse, Volume V, tome II, 2, Fribourg 1983, p. 220 et réf. à n. 3 (cf. art. 973 ss CC).

¹⁰² Sur le pouvoir d'examen du conservateur du registre foncier, voir H. DESCHENAUX, *Registre foncier*, pp. 395 ss.

¹⁰³ E. SPIRIG, N. 31 ss *ad Vorbemerkungen zu Art. 164-174 OR*; D. GIRSBERGER, *OR I*, N. 16 *ad* art. 164 CO; E. BUCHER, pp. 536 s.

¹⁰⁴ E. SPIRIG, N. 37 ss *ad Vorbemerkungen zu Art. 164-174 OR*; M. KELLER/CH. SCHÖBI, *Das Schweizerische Schuldrecht mit Ausnahme der einzelnen Verträge und der ausservertraglichen Haftungen gemäss Spezialgesetzen. Eine systematische Darstellung, Band IV : Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung*

L'*Obergericht* du canton de Zurich¹⁰⁶ a déclaré la cession de créance abstraite.

Pour renforcer la sécurité des transactions, EUGEN BUCHER¹⁰⁷ estime que l'invalidité du contrat obligant à la cession n'a pas d'effet sur la cession de créance à laquelle il faut dès lors reconnaître un caractère abstrait.

Si l'on estime en revanche que la cession n'est pas valable lorsque sa cause juridique n'est pas fondée, cela ne signifie pas nécessairement que la cause de la cession doit être mentionnée dans l'acte (voir par analogie l'article 17 CO).

Le débiteur peut, selon nous, invoquer la nullité du contrat de base, en tout cas lorsqu'il ne lui est pas indifférent de traiter avec le cédant ou le cessionnaire. Il peut dès lors invoquer cette nullité pour consigner (art. 168 al. 1 CO); connaissant la nullité de la cause, il ne sera pas de bonne foi et ne payera pas valablement au cessionnaire. La théorie abstraite ne mérite donc pas d'être suivie. Tout au plus conviendrait-t-il peut-être de mieux protéger le deuxième ou troisième cessionnaire de bonne foi¹⁰⁸ ?

und ungerechtfertigter Bereicherung, 2ème éd., Bâle et Francfort-sur-le-Main 1985, pp. 50 ss; B. DUTOIT, La cession de créance, pp. 453 ss.

¹⁰⁵ ATF 95 II 109, spéc. cons. 7 b) *in fine* (non résumé sur ce point au JdT 1970 I 92); ATF 84 II 355 = JdT 1959 I 198, spéc. cons. 1.

¹⁰⁶ BIZR 1988, pp. 305 ss, spéc. cons. 2.

¹⁰⁷ E. BUCHER, pp. 554 ss.

¹⁰⁸ M. KELLER/CH. SCHÖBI, *Band IV*, p. 51.

B. *Contrat de cession*

Lorsque le contrat de cession est conclu à titre de paiement ou de dation en paiement, sa validité doit être limitée par son but. En d'autres termes, si l'obligation de base est nulle, le contrat de cession pour paiement est nul aussi.

IV. Conclusion

D'une part, il n'existe pas d'acte abstrait ou d'obligation abstraite en droit suisse, à part peut-être les papiers-valeurs ayant circulé - encore s'agit-il de la protection du tiers de bonne foi (art. 1006 et 1007 CO¹⁰⁹). En tout cas, il faut distinguer avec soin de quelle abstraction on parle : abstraction matérielle, documentaire ou probatoire ? D'autre part, la tension entre cause intrinsèque et cause extrinsèque va dominer la discussion à l'intérieur de notre système causal.

On rejoint ici le dilemme traditionnel entre le respect des contrats et la protection du plus faible. Ce conflit supplantera le conflit entre obligation abstraite et obligation concrète. Le juge recherchera toujours si une obligation est justifiée. Il conviendra souvent de déterminer dans quelle mesure le juge veut protéger le cocontractant à l'encontre de la volonté exprimée dans un acte "abstrait" - reconnaissance de dette, ou décompte bancaire. On aborde ici le problème du **contrôle judiciaire des contrats**. Lorsque le Tribunal fédéral déclare que la garantie bancaire n'a pas pour but de priver le

¹⁰⁹ Ces articles sont applicables au billet à ordre en vertu de l'art. 1098 al. 1 CO. Voir également, pour le chèque, les art. 1110 et 1143 al. 1 ch. 5 CO.

donneur d'ordre des moyens déduits de la mauvaise exécution du contrat de base par l'autre partie¹¹⁰, il ouvre très largement le contrôle judiciaire, qui n'est plus limité à la fraude manifeste, à l'abus de droit¹¹¹. De surcroît, il n'est pas exclu qu'un certain nombre de garanties soient accessoires du contrat de base. On pourrait le voir par exemple au mécanisme de paiement¹¹². Toutefois, cela ne devrait pas être vrai pour la plupart des garanties bancaires. En outre, il est très curieux que le Tribunal fédéral énonce ce principe la même année que celle où il a exclu l'exception de la fraude à la loi pour la reconnaissance des sociétés étrangères¹¹³. Pourtant garanties et sociétés sont deux mécanismes juridiques pour lesquels des problèmes analogues se posent sous l'angle de la fraude.

Faut-il respecter l'autonomie des parties qui ont voulu une structure propre, coupée de la réalité physique, abstraite des aléas menaçant le commun des mortels, ou faut-il faire régner la justice et l'équité, qui commande de protéger la bonne foi du cocontractant, de rejeter l'appel abusif à une garantie, mais aussi d'examiner les causes des prétentions des parties, à la lumière du sentiment de la Justice?

A cet égard, un autre grand débat pourrait tourner autour du principe de la bonne foi. Dans quelle mesure peut-on invoquer l'article 3 alinéa 1 CC, soit la présomption de bonne foi, en faveur de celui qui demande la protection de sa bonne foi, en particulier dans une opération dite abstraite, comme l'appel de garantie ?

¹¹⁰ ATF 117 III 76, spéc. p. 82.

¹¹¹ Cf. l'article 19 du Projet de convention de la CNUDCI sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit *stand-by*.

¹¹² R.F. BERTRAMS, *Bank Guarantees in International Trade*, pp. 35 ss.

¹¹³ ATF 117 II 494, spéc. cons. 5 et 6.

Selon l'article 3 alinéa 2 CC, "nul ne peut invoquer sa bonne foi, si elle est incompatible avec l'attention que les circonstances permettraient d'exiger de lui". Ainsi la bonne foi d'une personne ne peut être protégée que si elle ignorait un fait et si on ne peut pas lui en faire reproche. En d'autres termes, on ajoute à ses connaissances réelles celles qu'il aurait dû avoir. Il ne s'agit pas d'une présomption, mais d'une fiction¹¹⁴.

Appliquée aux situations où plusieurs rapports de droit sont liés, cela voudrait dire que les parties à l'un d'entre eux ne peuvent se prévaloir de leur ignorance des autres si elles auraient dû les connaître, en faisant preuve de l'attention que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elles. L'application des règles de la bonne foi, dont le but est la protection de la bonne foi, va donc à l'encontre de la reconnaissance d'actes juridique abstraits.

Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral¹¹⁵, suivant la jurisprudence allemande, a affirmé que lorsqu'un assigné a payé par erreur à l'assignataire, malgré la révocation de l'assignation, l'assigné ne peut avoir une action en enrichissement illégitime contre l'assignataire que lorsque celui-là a eu connaissance de la révocation. La solution de notre Haute Cour paraît dictée par le souci de protéger l'assignataire de bonne foi.

En définitive, toute obligation suppose une cause. Certes la Justice ne doit pas permettre d'esquiver ses responsabilités lorsqu'on

¹¹⁴ H. DESCHENAUX, *Titre préliminaire*, pp. 212 ss; P. JÄGGI, N. 104 ss *ad* art. 3 CC.

¹¹⁵ ATF 121 III 109, spéc. cons. 4, critiqué par H. HONSELL, *PJA* 1995, pp. 1209 ss.

s'est engagé par contrat. D'un autre côté, dans les contrats complexes dont nous parlons, l'appareil judiciaire doit répartir les responsabilités¹¹⁶. Comment le faire sans examiner la cause des engagements des uns et des autres ?

Par exemple, dans l'affaire du Crédit lyonnais¹¹⁷, l'erreur dans le décompte du solde du compte courant était due à la banque. Elle consistait en une **omission** que le client n'a pas pu déceler, puisqu'il s'attendait à un versement d'un tiers, qui n'était en réalité pas intervenu. Selon nous, la bonne foi du client, soit son ignorance non fautive, aurait dû être protégée. On peut se demander si le Tribunal fédéral n'aurait pas rendu une décision différente si le client de la banque n'avait pas été un homme d'affaires. De toute façon, la banque étant fautive, le client aura une action en dommages-intérêts pour mauvaise exécution du mandat, la compensation étant possible.

L'évolution paraît aller à plus de causalité, et toujours moins d'abstraction. Une preuve de cette évolution réside dans l'adoption de la Convention des Nations Unies sur les lettres de change et les billets à ordre internationaux¹¹⁸. La protection du tiers n'a pas été aussi forte que la protection prévue dans les Conventions de Genève. Les Anglo-saxons et le reste du monde ne voulaient pas du modèle formaliste des pays continentaux. Bien que le droit anglo-saxon connaisse aussi des éléments d'abstraction, par exemple en Angleterre pour la cession de créance, les tendances à l'examen d'une

¹¹⁶ F. MEURET, *RDAI* 1990, p. 903.

¹¹⁷ SJ 1994, pp. 269 ss.

¹¹⁸ Convention des nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux, Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) XIX (1988), pp. 179 ss.

consideration devant le côté d'*equity* de la Cour - même en matière de cession de créance, aux Etats-Unis - manifestent que la pensée juridique allemande est restée isolée. Le monde extra-germanique n'a pas même accepté la notion d'**apparence efficace** sur laquelle on peut fonder la responsabilité de ceux qui émettent des papiers-valeurs ou des titres abstraits et qui peut aider à sortir du dilemme posé par la question de la nature de la cession de créance¹¹⁹. En discutant aujourd'hui des garanties et des sûretés bancaires, veillons donc à ne pas nous abstraire des réalités des pays qui nous entourent.

* * * * *

¹¹⁹ E. SPIRIG, N. 79 *in fine ad Vorbemerkungen zu Art. 164-174 OR.*

Bibliographie générale

BECKER HERMANN, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI : Obligationenrecht, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-183 OR)*, 2ème éd. (5 livraisons), Berne 1941-1945, 2ème réimpression en un volume, Berne 1974.

BUCHER EUGEN, *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2ème éd., Zurich 1988.

DOHM JÜRGEN, *Les garanties bancaires dans le commerce international*, Berne 1986.

ENGEL PIERRE, *Traité des obligations en droit suisse. Dispositions générales du CO*, Neuchâtel 1973.

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R., *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht* (2 Tomes), 5ème éd., Zurich 1991.

GUGGENHEIM DANIEL, *Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis*, 3ème éd., Zurich 1986.

GUHL THEO/KOLLER ALFRED/DRUEY JEAN NICOLAS, *Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts*, 8ème éd. sur la base de la 7ème éd. préparée par Hans Merz et Max Kummer, Zurich 1991.

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG

(Ed.), *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht* (2 Tomes), Bâle et Francfort-sur-le-Main 1992/1994 (cité : OR I et OR II).

JÄGGI PETER, *Théorie générale des papiers-valeurs*, Traité de droit privé suisse, Volume VIII, tome II, 2, Fribourg 1982.

JÄGGI PETER, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band : Obligationenrecht, 7. Teil : Die Wertpapiere (Art. 965-989 und 1145-1155 OR)*, Zurich 1959, réimpression Zurich 1978.

KLEINER BEAT, *Bankgarantie. Die Garantie unter besonderer Berücksichtigung des Bankgarantiegeschäftes*, 4ème éd., Zurich 1990.

OFTINGER KARL/BÄR ROLF, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band : Das Sachenrecht, 2. Abteilung : Die beschränkten dinglichen Rechte, c : Das Fahrnispfand (Art. 884-918 OR, mit ergänzender Darstellung der im Gesetz nicht geordneten Arten dinglicher Sicherung mittels Fahrnis)*, 3ème éd., Zurich 1981.

SCHÖNENBERGER WILHELM/JÄGGI PETER, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band : Obligationenrecht, 1. Halbband : Art. 1-183 OR, a : Allgemeine Einleitung, einschl. Internationales Privatrecht, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, Kommentar zu den Art. 1-17 CO OR*, 3ème éd., Zurich 1973.

SCYBOZ GEORGES, *Le contrat de garantie et le cautionnement*, Traité de droit privé suisse, Tome VII, 2, Fribourg 1979.

SIMONIUS PASCAL/SUTTER THOMAS, *Schweizerisches*

Immobiliarsachenrecht (2 Tomes), Bâle et Francfort-sur-le-Main
1990/1995.

SPIRIG EUGEN, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen
Zivilgesetzbuch, V. Band : Obligationenrecht, 1. Halbband : Art.
1-183 OR, k : Die Abtretung von Forderungen und die
Schuldübernahme, 1. Lieferung : Art. 164-174 OR*, 3ème éd.,
Zurich 1993.

STEINAUER PAUL-HENRI, *Les droits réels. Tome III : Servitudes
personnelles - Charges foncières - Droits de gage immobiliers -
Droits de gage mobiliers*, Berne 1992.

VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, *Allgemeiner Teil des
Schweizerischen Obligationenrechts*, Tome II, 3ème éd., Zurich
1974, *Supplément* Zurich 1984.

VON TUHR ANDREAS/PETER HANS, *Allgemeiner Teil des
Schweizerischen Obligationenrechts*, Tome I, 3ème éd., Zurich
1979, *Supplément* Zurich 1984.

ZOBL DIETER, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht,
Band IV : Das Sachenrecht, 2. Abteilung : Die beschränkten
dinglichen Rechte, 5. Teilband : Das Fahrnispfand, 1.
Unterteilband : Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB*, 2ème
éd., Berne 1982.

* * * * *